



LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

Danielle Pinard*

INTRODUCTION

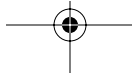
Le présent texte aborde l'analyse des limites permises par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ sous l'angle des questions de preuve². Il s'intéresse au contrôle judiciaire de ces limites que l'État est constitutionnellement autorisé à apporter aux droits et libertés. La promesse retrouvée dans l'arrêt *Oakes*³ et à laquelle je m'intéresse ici est celle d'une méthode

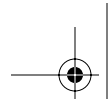
* Je remercie Daphné Wermenlinger, étudiante de 2^e année à la Faculté durant l'année universitaire 2006-2007, pour le repérage des sources jurisprudentielles et le travail d'édition. Je remercie aussi Vincent Cérat Lagana, étudiant de 2^e année à cette même Faculté durant l'année 2007-2008, qui a complété le travail d'édition.

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U, c.11)], ci-après : la *Charte*.

² Ce texte se situe dans la foulée d'une réflexion entreprise il y a longtemps et dont certains aspects ont déjà fait l'objet de publications. Il prend appui sur ces articles. Il fait le point. Voir, par exemple Danielle PINARD, « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs : quelques réserves », (1996) 26 *R. de d. de l'Université de Sherbrooke* 497 ; D. PINARD, « Incertitude et risques : la preuve en matière constitutionnelle », dans Hélène DUMONT et D.J. BLOOM (dir.), *Science, vérité et Justice*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 95 (y paraît aussi dans sa version anglaise : « Uncertainty and Risks : Evidence in Constitutional Law », p. 125) ; D. PINARD, « Charter and Context : The Facts for Which We Need Evidence, and the Mysterious Other Ones », (2001) 14 *Supreme Court L. Rev.* (2d) 163 ; D. PINARD, « Some Thoughts on How the Court is Going about Its Business : Desperately Seeking Coherence », (2004) 25 *Supreme Court L. Rev.* (2d) 213 ; D. PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'une gestion de risques », dans Commission du droit du Canada (dir.), *Le droit et le risque*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006 ; aussi publié en anglais sous le titre « Evidentiary Principles with Respect to Judicial Review of Constitutionality : A Risk Management Perspective », dans Law Commission of Canada (dir.), *Law and Risk*, Toronto et Vancouver, UBC Press, 2005.

³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.





d'évaluation des limites apportées aux droits et libertés qui serait rigoureuse, systématique et fondée sur une analyse objective de données empiriques portant sur le fonctionnement concret des lois. Il s'agit d'une promesse brisée. Comme celle de l'aube⁴.

L'analyse des limites imposées par l'État aux droits individuels en vue de la protection d'objectifs collectifs ne se prête pas à l'évaluation objective annoncée. Les faits de société ne donnent pas lieu à des certitudes, les sciences sociales sont elles aussi incertaines, les législateurs interviennent en fonction d'objectifs politiques et non sur le fondement de découvertes empiriques et, enfin, le débat judiciaire ne constitue de toute façon pas un forum adéquat pour la détermination de l'existence de tels faits.

La promesse de *Oakes* n'a donc pu être tenue, ni en l'espèce, ni par la suite. Elle était essentiellement irréalisable. Divers accommodements ont été développés afin de compléter le champ factuel requis pour établir ce que l'on a dit être le nécessaire fondement factuel de toute décision judiciaire en matière de *Charte*. Il est difficile de retrouver à cet égard la trace d'une quelconque méthode.

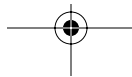
Et pourtant, on maintient la prétention d'une recherche et d'une découverte de type factuel. Le discours de preuve devient en réalité un discours de justification de décisions rendues en raison de diverses politiques judiciaires qui relèvent du monde, autre, des choix de valeurs, bien plus que de celui des découvertes empiriques.

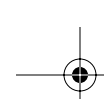
A. LA PROMESSE DE *OAKES*

On a beaucoup discuté du fameux « test » développé dans l'arrêt *Oakes*, de ses critères et volets. L'apparence d'objectivité dans l'analyse en est l'aspect qui m'intéresse ici. Cet arrêt proclame que l'analyse judiciaire du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés sera un exercice neutre d'analyse de données objectives. La question en est une de preuve, un fardeau selon la prépondérance des probabilités (un degré très élevé, écrit-on⁵) est imposé à l'État. Une preuve forte et persuasive sera

⁴ Je fais évidemment référence ici au remarquable roman de Romain GARY intitulé *La promesse de l'aube*, éd. Gallimard, 1973.

⁵ R. c. *Oakes*, précité, note 3, par. 68.





LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

généralement requise⁶. L'approche est inhabituelle dans le monde constitutionnel.

Les tribunaux canadiens ont longtemps traité les questions constitutionnelles qui leur étaient présentées comme de pures questions de droit, appelant une analyse de textes législatifs et constitutionnels, une interprétation, un raisonnement et, à la rigueur, une étude de travaux préparatoires. La procédure de renvoi donne lieu à l'exemple paradigmatique d'une telle approche conceptuelle et abstraite. Des préoccupations relatives à un quelconque aspect factuel n'ont émergé que lentement et progressivement. De façon générale, le *Renvoi Anti-inflation* de 1976⁷, avec sa discussion de la situation économique canadienne, est considéré à cet égard comme un moment clé.

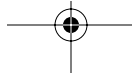
Jamais encore n'avait-on cependant retrouvé dans la jurisprudence constitutionnelle un tel langage de fardeaux de preuve et de faits à prouver. Il s'agit d'un choix de la Cour. Il n'y a à cet égard rien d'intrinsèque à la règle des limites raisonnables énoncée au premier article de la *Charte*, ni dans le texte, ni dans l'esprit. De plus, la structuration de l'analyse à laquelle procède la Cour fait en sorte que des faits de société seront au cœur de l'étude. On ne se demande pas si, dans les circonstances spécifiques d'une espèce, une atteinte aux droits est raisonnable, ce qui aurait mis en lumière les faits distinctifs d'une espèce. On procède plutôt à une considération des objectifs d'une mesure législative, et des moyens utilisés en vue de les réaliser. Par définition, on s'intéresse donc à des phénomènes de société plutôt qu'à des situations particulières.

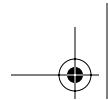
Les prémisses de *Oakes* sont donc les suivantes :

- i. on *peut* « prouver » les éléments constitutifs d'une analyse en vertu du premier article de la *Charte* – par définition des faits sociaux ;
- ii. les allégations relatives à ces faits sont vraies ou fausses ;
- iii. les sciences sociales *peuvent* fournir des réponses précises et objectives quant à ces faits sociaux ;
- iv. le forum judiciaire est un forum adéquat pour l'établissement de ces faits sociaux ;

⁶ *Id.*

⁷ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.





- v. un modèle fonctionnel fonde toute intervention législative, qui est donc inévitablement la mise en œuvre de moyens (dont l'efficacité est démontrable) en vue de résoudre un problème (dont l'existence et la cause sont aussi démontrables) et
- vi. le législateur n'intervient donc qu'en contexte de certitude tant en ce qui concerne un mal auquel il souhaite remédier qu'en ce qui concerne l'efficacité des moyens qu'il utilise à cette fin.

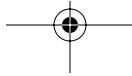
B. UNE PROMESSE IMPOSSIBLE À TENIR

Cette rigueur annoncée, cette analyse objective de faits est pourtant absente du contexte même de son énonciation. En effet, la conclusion du caractère non justifié de la limite apportée à la présomption d'innocence dans l'arrêt *R. c. Oakes* n'y est explicitement fondée que sur l'étude de quelques rapports et textes normatifs⁸ et sur une forme de raisonnement logique. La décision de la Cour selon laquelle la limite apportée à la présomption d'innocence n'est pas justifiée est essentiellement fondée sur un raisonnement logique et abstrait relatif à une éventuelle absence de lien rationnel entre la quantité de stupéfiants possédée et le fait inféré d'une intention d'en faire le trafic. Jamais la Cour ne prend-elle la peine de rattacher son affirmation selon laquelle « la présomption requise en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est trop large et est susceptible dans certains cas d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitables »⁹ aux faits de la cause et à la quantité précise de stupéfiants possédée par Edwin Oakes, soit « huit fioles d'une capacité d'un gramme contenant de la résine de cannabis sous forme d'huile de haschisch ».

Mais la promesse est, de toute façon, impossible à tenir. Les postulats qui la fondent ne sont pas avérés. Les faits sociaux sont par nature incer-

⁸ *R. c. Oakes*, précité, note 3, p. 141 et 142. Les éléments d'information explicitement utilisés dans le jugement de la Cour suprême ne sont en effet que les suivants : le *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955, le *Rapport final, Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (Ottawa, 1973), le *Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot, ainsi que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium – Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, la *Misuse of Drugs Act 1975*, 1975 n° 116 (N.Z.); la *Misuse of Drugs Act 1971*, 1971, ch. 38 (R.-U.).

⁹ *Id.*, par. 78



LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

tains. Les allégations à leur égard ne sont ni vraies ni fausses. Il s'agit d'un monde d'approximations. Y a-t-il un lien entre l'absence de responsabilité criminelle des parents pour la correction physique de leurs enfants et la protection de la famille¹⁰ ? Entre une interdiction de souscrire à des assurances privées et la protection de l'intégrité d'un système public universel de soins de santé¹¹ ? Entre l'exclusion des travailleurs agricoles de la législation du travail et la protection des caractéristiques uniques de l'agriculture d'une province¹² ? Entre le plafonnement des dépenses et la protection de l'égalité dans la participation au débat électoral¹³ ? Entre l'attribution d'une préférence d'emploi pour les citoyens dans la fonction publique et la promotion de la naturalisation et de la citoyenneté¹⁴ ? Entre la prohibition du port du kirpan et la protection de la sécurité dans les écoles¹⁵ ? Entre la criminalisation de la pornographie juvénile et la protection de la sécurité des enfants¹⁶ ? Entre le retrait du droit de vote à certains détenus et l'accroissement du respect de la règle de droit et l'imposition de sanctions appropriées¹⁷ ? Entre la diminution du montant des prestations de certains assistés sociaux et leur intégration sur le marché du travail¹⁸ ? Ce sont là autant de questions qui ne peuvent essentiellement recevoir que des réponses nuancées et imprécises.

De plus, les sciences sociales, la source d'information privilégiée sur ces phénomènes de société, ne savent généralement pas ce que le droit aurait besoin de savoir d'elles. Les juristes ont parfois une vision naïve des sciences sociales, espèrent y retrouver des réponses précises alors que l'avancée de ces sciences ne fait que révéler l'étendue d'un abîme infini d'ignorance.

Les scientifiques ne peuvent nous garantir ni la certitude, ni l'objectivité que l'on attend d'eux. D'une part, bien souvent, les scientifiques ne

¹⁰ Voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada*, [2004] 1 R.C.S. 76.

¹¹ Voir *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791.

¹² Voir *Dunmore c. Ontario*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

¹³ Voir *Harper c. Canada*, [2004] 1 R.C.S. 827.

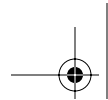
¹⁴ Voir *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769.

¹⁵ Voir *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

¹⁶ Voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

¹⁷ Voir *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

¹⁸ Voir *Gosselin c. Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429.



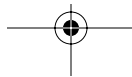
connaissent pas la réponse à la question posée. Les acteurs extérieurs au monde de la science en entretiennent couramment une conception qui relève de l'ordre de la légende, et en vertu de laquelle les sciences peuvent nous fournir toute l'information factuelle nécessaire à la justification non équivoque d'un choix de société. Or, nous apprend-on, nous arrivons trop tard. Après avoir pensé tout savoir, la science sait maintenant suffisamment pour avoir une bonne idée de tout ce qu'elle ne sait pas¹⁹. D'autre part, les scientifiques ne peuvent que rarement offrir la « neutralité » et l'« objectivité » que la vision naïve leur attribue. Au-delà du laboratoire et des modèles statistiques, les connaissances scientifiques sont élaborées dans des conditions sociales de production dont la prise en considération devrait à elle seule mitiger toute attente d'objectivité absolue²⁰.

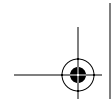
K.C. Davis exprime en termes éloquents le fait que le droit doit répondre à des questions pourtant non résolues par les scientifiques. Il écrit : « Law answers some questions on the basis of science, answers some questions in spite of science, and answers many questions that science cannot answer »²¹. De plus, le forum judiciaire n'est pas le lieu approprié pour la détermination de l'existence de phénomènes de société. Les règles de preuve ont été conçues à propos de faits d'un tout autre genre, du type « qui

¹⁹ Sur cette question, voir, par exemple, Mary DOUGLAS, *Risk and Blame, Essays in Cultural Theory*, London et New York, Routledge, 1992, p. 48 : « Even if it [probability analysis] were still representing a form of scientific analysis, it arrives just at the moment in which it cannot deliver what politics most want of it. Politics requires from science its authority – certainty ». Elle avait écrit, en 1983 : « For anyone disposed to worry about the unknown, science has actually expanded the universe about which we cannot speak with confidence », référant notamment à « the double-edged thrust of science, generating new ignorance with new knowledge », dans M. DOUGLAS et Aaron WILDAVSKY, *Risk and Culture, An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley, University of California Press, 1983, p. 49. Voir enfin Georges M. VON FURSTENBERG, *Acting Under Uncertainty: Multidisciplinary Conceptions*, Boston, Kluwer Academic Publisher, 1990, qui écrit, à la p. xi : « [R]esearch creates uncertainty [...] An addition to knowledge is won at the expense of an addition to ignorance. »

²⁰ Ce paragraphe est, dans son essence, tiré de D. PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'une gestion de risques », *loc. cit.*, note 2, 184.

²¹ K.C. DAVIS, *Administrative Law of the Eighties, Supplement to Administrative Law Treatise*, San Diego, K.C. Davis Pub. Co., 1989, p. 371.





LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

a fait quoi », les « *adjudicative facts* » de Davis²². Le débat contradictoire convient à la preuve de faits à propos desquels les parties au litige ont une connaissance privilégiée. Nul ne peut prétendre à une telle connaissance personnelle de faits de société.

Si une certaine compréhension des phénomènes sociaux a de tout temps nourri la réflexion des juges, on a traditionnellement peu élaboré sur la voie d'insertion de ce champ factuel dans le raisonnement judiciaire. Ainsi, si le principe dit de la *Mischief Rule* invite l'interprète des lois à se préoccuper du contexte social prévalant au moment de l'adoption de la loi, la façon d'en informer la juge demeure énigmatique²³.

Finalement, il est de toute façon loin d'être certain que le paradigme de l'intervention législative soit réellement la recherche de solutions empiriquement démontrées efficaces à un problème dont l'existence et la source sont tout aussi documentées. Bien d'autres considérations dictent l'action parlementaire. Par exemple, l'utilité de l'action législative relève parfois plus de l'ordre du symbolique que de celui de l'efficacité utilitaire concrète. L'interdiction de la publicité relative à un produit dangereux peut n'avoir comme objet que l'affirmation d'un consensus social sur le caractère nocif du produit. Le *Code criminel*²⁴ a certainement, en partie du moins, un objet purement symbolique, soit l'expression de valeurs fondamentales de la société canadienne.

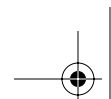
Il est dès lors probable que des recherches soient préparées à la seule fin du litige constitutionnel, ce qui ne peut qu'accroître le cynisme à l'égard d'une pseudo objectivité scientifique et accentuer une saine conscience du fait que la science est elle aussi produite dans des conditions sociales qui

²² La distinction entre *legislative facts* et *adjudicative facts* a initialement été élaborée dans K.C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1942) 55 *Harvard L. Rev.* 364.

²³ Avec la transparence qu'on lui connaît, la juge L'Heureux-Dubé a souligné qu'une compréhension intelligente de l'intention du législateur exigeait une sensibilité judiciaire aux réalités sociales pertinentes. Elle écrit par exemple, dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, par. 12 : « L'interprétation des lois oblige les tribunaux à rechercher l'intention du législateur. [...] notre Cour a souligné l'importance, dans cette recherche, du précepte selon lequel le législateur est censé connaître le contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention [...]. L'interprétation et l'application du droit de la famille, particulièrement en matière d'aliments, en conformité avec l'intention du législateur requièrent donc implicitement une sensibilité aux réalités sociales auxquelles sont confrontées les personnes les plus touchées ».

²⁴ *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.





en colorent l'objectivité. La promesse de *Oakes* était donc, dès le départ, fondée sur un terrain miné.

C. DE NÉCESSAIRES AJUSTEMENTS

Tôt dans la jurisprudence de la *Charte* de la Cour suprême, la réalité a pris le pas sur la fiction. Le caractère essentiellement incertain des faits sociaux pertinents aux fins d'un examen des limites aux droits s'est imposé. La Cour a dû faire face à l'impossibilité d'exiger ou d'obtenir une preuve exhaustive des éléments factuels constitutifs de l'analyse. Elle a développé des moyens lui permettant de compléter la part du champ factuel non établi par la preuve et d'ainsi rendre jugement dans le sens souhaité tout en préservant les apparences de décisions essentiellement dictées par l'existence d'un état de fait. Elle a ainsi pu continuer à prétendre à l'existence du fondement factuel dont elle a haut et fort affirmé la nécessité. C'est cependant en vain que l'on recherche une quelconque méthode ou cohérence dans la création de ces assouplissements²⁵. Ainsi, la Cour a occasionnellement évoqué la notion de fait législatif développée par K.C. Davis afin de suggérer un traitement judiciaire plus souple et plus ouvert de certains faits sociaux en contexte constitutionnel²⁶, mais la suggestion est demeurée hypothétique et on ne peut tirer de cette jurisprudence aucune ligne directrice claire²⁷.

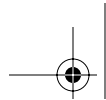


²⁵ « Facts are ill treated by the Supreme Court of Canada. They are refused, ignored, called for, wished for, found in evidence, not found in evidence, imagined, invented, assumed, judicially noticed, reasoned or taken for granted. They are treated in an unpredictable way », D. PINARD, « Some Thoughts on How the Court is Going about Its Business : Desperately Seeking Coherence », *loc. cit.*, note 2, 215-216.

²⁶ Voir *Danson c. Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 1086, 1099-1100; *RJR-MacDonald c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 79 (j. La Forest) et le propos plus réservé de la juge McLachlin au par. 141; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 38.

²⁷ C'est aussi, semble-t-il, l'avis du juge Binnie, qui écrit, dans *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458, au par. 59 : « L'on doit la distinction entre faits législatifs et faits en litige à un éminent expert du droit administratif, Kenneth Culp Davis, selon lequel il importait, pour les besoins de la connaissance d'office, de distinguer faits « en litige » (auxquels devait s'appliquer, à son avis, le critère proposé par Morgan) et faits « législatifs » (au sujet desquels il penchait en faveur de Thayer) [...] Le juge Sopinka a opiné que ces faits sont soumis à des « conditions de [...] recevabilité [...] moins sévères » [...] mais sans préciser ce qu'il entendait par « moins sévères ».



*LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES*

On retrouve, parmi ces moyens utilisés par la Cour afin de parfaire le champ factuel dit requis aux fins de la détermination du caractère raisonnable de limites apportées aux droits, le recours à la connaissance d'office (1), la reconnaissance d'une valeur de précédent à des conclusions factuelles (2), le recours exprès au sens commun (3), le développement d'un nouvel objet de preuve, soit un fondement rationnel (4) ainsi que le raisonnement logique, conceptuel et abstrait (5) et malgré tout l'effort consacré à la démonstration de déterminismes factuels, on observe quand même, à l'occasion, le retour du refoulé, soit un pur discours de valeurs (6).

1. Le recours à la connaissance d'office²⁸

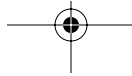
La notion de connaissance d'office acquiert de l'intérêt là où elle n'a plus de réponse précise à apporter. En effet, qu'un juge prenne connaissance d'office du fait que la fête de Noël 2006 a été célébrée un lundi ou encore qu'une chaussée mouillée est plus glissante qu'une chaussée sèche ne suscite pas beaucoup d'émotion. C'est lorsqu'on invoque la notion aux fins d'établir des faits sociaux qu'elle provoque incertitude, réflexion et controverse.

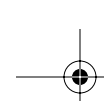
Un fait connu d'office est tenu pour avéré et n'a donc pas à être prouvé. Dans le cadre d'une analyse du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés, la Cour a reconnu, dès l'arrêt *Oakes*, qu'il pourrait « arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi »²⁹. Peu après, le juge La Forest rappellera avec véhémence que les tribunaux pouvaient fort bien « prendre connaissance d'office de certains faits socio-économiques généraux » et « prendre les mesures nécessaires pour s'informer à leur sujet »³⁰. Le recours à la connaissance d'office permet ainsi de compléter les éléments d'un fondement factuel que l'on dit essentiel. Or, la Cour formule cette analyse des limites raisonnables en termes d'objectifs et de moyens

²⁸ Voir sur ce sujet de la connaissance d'office : D. PINARD, « La notion traditionnelle de connaissance d'office en droit de la preuve », (1997) 31 *R. juridique Thémis* 87 ; D. PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R. juridique Thémis* 315 ; D. PINARD, « Le domaine de la connaissance d'office des faits », dans *Actes de la XVIe Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 351.

²⁹ *R. c. Oakes*, précité, note 3, 138.

³⁰ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, par. 195 (j. La Forest).





législatifs qui, par définition, appellent une considération de faits de société plutôt que de faits propres à une espèce particulière. On évoque donc la possibilité de connaissance d'office de faits sociaux.

Si elle n'est pas d'une limpidité absolue, la définition du domaine de la connaissance d'office implique minimalement des exigences de notoriété et de caractère raisonnablement incontestable. Les faits de société ne rencontrent que rarement ces conditions. Il ne faut donc pas se surprendre de la rareté du recours *exprès* à la connaissance d'office dans l'analyse du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés³¹. Plus inquiétants sont cependant son imprévisibilité et son laconisme. On a pris connaissance d'office « des dangers et des malheurs qui résultent de la conduite en état d'ébriété »³² et « des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine »³³. Récemment, la Cour a validé la justification de limites aux droits à l'égalité sur un fondement factuel essentiellement composé de documents gouvernementaux admis d'office, et ce après avoir pourtant noté la désinvolture de la présentation du dossier³⁴.

On peut par ailleurs se demander s'il n'est pas possible, et ce en vertu d'un raisonnement *a contrario*, d'interpréter toutes les décisions où l'on a conclu à l'insuffisance de la preuve du caractère raisonnable de limites apportées aux droits comme un refus implicite, de la part de la Cour, de prendre connaissance d'office des faits justificatifs.

Le recours judiciaire à la connaissance d'office pour compléter le fondement factuel d'une justification est imprévisible. La récente tentative de systématisation de la notion entreprise par la Cour, qui confère une place fondamentale au rôle d'un fait dans la détermination des exigences de sa démonstration³⁵, si elle constitue un progrès, ne change pas la donne. Si la

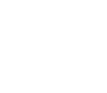
³¹ Je ne souligne ici que la rareté du recours *exprès* à la connaissance d'office. On sait en effet fort bien que les juges font un usage heureux, important et inévitable d'une multitude de faits non prouvés dans une instance particulière.

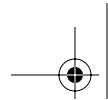
³² *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865.

³³ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 758.

³⁴ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

³⁵ Le juge Binnie, au nom d'une Cour unanime, a récemment fait le point sur la connaissance d'office de faits sociaux, dans l'affaire *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458, à propos de l'existence de préjugés largement répandus dans la société. Il s'agissait dans cette affaire, en contexte de récusation motivée, de la possibilité de prendre connaissance d'un phénomène de partialité raciale, en vertu duquel « un candidat juré





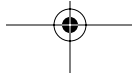
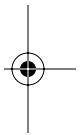
LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

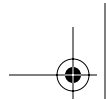
connaissance d'office de faits sociaux justificatifs va dans la mouvance de la présomption de constitutionnalité, ce qui devrait en favoriser l'utilisation, elle est cependant incompatible avec une culture des droits qui impose à l'État le poids de la justification, d'où la discrétion et son exercice judiciaire imprévisible.

2. La valeur de précédent de conclusions factuelles

Dans la tradition juridique de *common law*, le *stare decisis* fait en sorte que certaines conclusions de droit, une fois énoncées, jouissent d'une valeur de précédent et deviennent par la suite obligatoires. Ce principe répond à des exigences de prévisibilité et de certitude dans le droit. Il vise à assurer une certaine constance dans l'ordre normatif juridique. On retrouve, dans

pourrait faire preuve de partialité *en faveur* d'un plaignant de sa race » (par. 4). Le juge Binnie a rejeté une telle possibilité. Il propose une approche souple et axée sur les circonstances, selon laquelle « *les limites acceptables de la connaissance d'office varient selon la nature de la question considérée* » (par. 60). « Par exemple, ajoute-t-il, la preuve d'un fait touchant de près au cœur du litige (qu'il s'agisse d'un fait social, législatif ou en litige) peut être soumise à des exigences plus sévères que celle d'un fait général qui en est plus éloigné » (par. 60). Il s'agit donc de s'interroger sur le rôle plus ou moins central d'un fait pour définir les limites de la connaissance d'office dont il peut faire l'objet. D'un côté, on retrouve « les faits qui touchent au cœur du litige et auxquels s'appliquent les critères de Morgan » (par. 65), et de l'autre, « les faits généraux, qui touchent indirectement au litige et à l'égard desquels [le juge] supposera (consciemment ou non) qu'ils ne prêtent pas à sérieuse controverse » (par. 65). À propos des faits qui se situent entre ces deux extrêmes, le juge Binnie propose un test en vertu duquel le tribunal « devrait se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s'informer sur le sujet considérerait que ce « fait » échappe à toute contestation raisonnable quant à *la fin à laquelle il sera invoqué*, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s'accroissent directement en fonction de la pertinence du « fait » pour le règlement de la question en litige » (par. 65). Si elle est elle-même empreinte d'imprécisions, cette typologie a au moins le mérite d'être fondée sur une idée essentielle : toutes les questions factuelles ne jouent pas le même rôle, n'ont pas la même importance ou la même influence sur l'issue d'une cause. Dès lors, des exigences variables régiront leur connaissance d'office. On doit noter que le juge Binnie avait précédemment discuté de la question dans un texte de doctrine : Ian BINNIE, « Judicial Notice : How Much is Too Much ? », *Law Society of Upper Canada, Special Lectures 2003 : The Law of Evidence*, Toronto, Irwin Law, 2004. La première phrase de l'article en donne le ton : « I have been asked to suggest various ways in which you can get the judge to do the work of proving your case for you by taking judicial notice of facts » (p. 543).





la jurisprudence sur les limites raisonnables, certains propos qui incitent à penser que des conclusions judiciaires portant sur des faits de société pourraient aussi jouir d'une certaine valeur de précédent.

Ainsi, la Cour s'est appuyée sur sa propre jurisprudence pour affirmer l'existence d'un lien entre le plafonnement des dépenses et le maintien de la confiance du public dans le système électoral³⁶. De même, les juges McLachlin et Major ont invoqué des précédents judiciaires à l'appui de propos sur l'influence des sondages sur les choix des électeurs ou encore sur le lien entre le plafonnement des dépenses et l'équité électorale³⁷. Le juge Binnie a cité des sources jurisprudentielles pour justifier des propos sur l'importance de la famille ou encore sur la nécessaire mesure de liberté des parents dans l'éducation de leurs enfants³⁸. Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont invoqué l'arrêt *Butler*³⁹ au soutien de l'affirmation selon laquelle « certaines formes de pornographie causent un préjudice comportemental »⁴⁰.

³⁶ *Harper c. Canada*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 83 : « De fait, dans l'arrêt *Libman* [...] se fondant sur l'enquête menée par la Commission Lortie révélant que 75 pour 100 des Canadiens appuyaient la limitation des dépenses des groupes d'intérêt, notre Cour a conclu que le plafonnement des dépenses contribuait de façon importante au maintien de la confiance du public dans le système électoral ».

³⁷ *Id.*, par. 29 : « Dans *Thomson Newspapers*, précité, la Cour a jugé raisonnable la conclusion portant que les sondages ont une influence importante sur le processus électoral et sur les choix électoraux individuels. Point plus pertinent encore, dans l'arrêt *Libman*, précité, la Cour a conclu que le plafonnement des dépenses électorales est rationnellement lié à l'objectif d'équité électorale »,

³⁸ Le juge Binnie écrit, dans *Canadian Foundation for Children*, précité, note 10, par. 114 : « Il n'est guère nécessaire de citer des sources à l'appui de l'importance attribuée à la famille en droit canadien. Dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 72, la juge L'Heureux-Dubé a noté que, pour élever leurs enfants comme ils l'entendent, les pères et mères doivent jouir d'une large mesure de liberté sans interférence de l'État. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 76, le juge en chef Lamer a signalé que les pères et mères sont présumés agir dans l'intérêt supérieur de leurs enfants : « Comme l'intérêt supérieur de l'enfant est censé reposer sur les parents, l'intégrité psychologique et le bien-être de l'enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant. » »

³⁹ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

⁴⁰ *Sharpe*, précité, note 16, par 161.





LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

Cette reconnaissance d'une valeur de précédent à des conclusions judiciaires portant sur des questions de fait a quelque chose d'artificiel, de fictif. Une proposition factuelle n'est pas plus vraie, ne correspond pas plus au réel, du fait qu'elle a déjà été acceptée par un tribunal. Mais il se peut que, encore une fois, des préoccupations d'un ordre autre que celui de la recherche de la vérité orientent la question. Les conclusions judiciaires sur des faits de société ne devraient pas varier d'une cause à l'autre, selon la qualité ou la quantité de preuve présentée⁴¹. Parce que, contrairement aux faits adjudicatifs, ces faits ne varient pas d'une cause à l'autre, parce qu'ils transcendent les parties et les intérêts individuels. Les conclusions judiciaires sur l'existence de l'Holocauste, sur l'effet de la pornographie sur le comportement humain ou encore sur l'impact de la publicité d'un produit sur sa consommation ne peuvent varier qu'au prix d'une atteinte à la légitimité du système de justice. De plus, on ne devrait pas imposer à une partie le coût de refaire cette preuve d'un fait de société alors que l'on a déjà une conclusion judiciaire récente et étayée sur la question. Les auteurs américains Monahan et Walker ont bien démontré en quoi certains faits sociaux, de par leur généralité, leur extériorité aux parties et aux faits de l'espèce et leur relative constance, relèvent plus du monde du droit que de celui des faits, de telle sorte que leur traitement devrait s'apparenter à celui que l'on réserve aux questions de droit⁴².

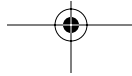
La Cour a expressément présenté cette forme de valeur de précédent accordée à des conclusions factuelles de la façon suivante : une fois prouvé devant un tribunal, un fait de société pourra par la suite faire l'objet de connaissance d'office par d'autres tribunaux⁴³. Il est étonnant que la Cour aie invoqué, à l'appui de cette proposition, un propos tout autre des auteurs Sopinka et Lederman, pour lesquels la règle est plutôt qu'un fait initialement connu d'office pourra par la suite jouir d'une valeur de précédent⁴⁴. Mais qu'il s'agisse de la connaissance d'office d'un fait antérieurement prouvé

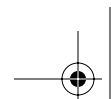
⁴¹ On a lu à ce sujet les propos du juge La Forest dans *Edwards Books*, précité, note 30.

⁴² John MONAHAN et Laurens WALKER, *Social Science in Law, Cases and Materials*, 5^e éd., New York, The Foundation Press, 2002, p. 352.

⁴³ *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 54 : « Moreover, once a finding of fact of widespread racial prejudice in the community is made on evidence, as here, judges in subsequent cases may be able to take judicial notice of the fact ».

⁴⁴ J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992, p. 976 : « The fact that a certain fact or matter has been noted by a judge of the same court in a previous matter has precedential value and it





dans une autre cause ou encore de la valeur de précédent accordée à un fait antérieurement connu d'office, le principe est le même : une conclusion de fait pourra être justifiée par le seul recours à un prononcé judiciaire antérieur.

Des conclusions de fait précédemment élaborées par un tribunal pourront, ou non, compléter le contexte factuel dit essentiel pour l'évaluation de limites apportées aux droits et libertés. Il s'agit, tout comme pour la connaissance d'office, d'une discrétion judiciaire importante d'exercice imprévisible.

La conclusion de fait fondée sur un précédent jurisprudentiel n'a pas de rattachement direct au réel. Elle est cependant plus acceptable à l'intérieur du monde du droit, pour les juristes. Ce qui n'est pas rien, mais qui est autre chose.

3. *Le recours exprès au sens commun*

On le sait, le sens commun est un élément essentiel du raisonnement humain. C'est ce qui permet de faire des liens, de comprendre la signification de situations, de donner du sens à de l'information nouvelle. On n'a pas à préciser l'utilisation du sens commun, cela va de soi, cela est inévitable. Il est donc curieux de retrouver, dans le discours judiciaire sur la justification des limites apportées aux droits, l'explicitation d'un recours à des arguments de sens commun.

Dans *Sharpe*, la juge en chef McLachlin a expressément hissé le sens commun au rang des ingrédients légitimes d'une justification d'une limite aux droits, lorsqu'elle écrit que cette justification requiert « une preuve complétée par le sens commun et le raisonnement par déduction »⁴⁵. Elle a réitéré ce propos dans l'affaire *Sauvé*⁴⁶, alors qu'après avoir reconnu que certaines questions ne se prêtaient pas à des démonstrations empiriques et scientifiques, elle a tout de même insisté sur la nécessité d'une justification « fondée sur la logique et le bon sens »⁴⁷. Dans une opinion dissidente, cette

is, therefore, useful for counsel and the court to examine the case law when attempting to determine whether any particular fact can be noted ».

⁴⁵ *Sharpe*, précité, note 16, par. 78

⁴⁶ *Sauvé*, précité, note 17.

⁴⁷ *Id.*, par. 9.





LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

même juge McLachlin s'est dite convaincue du caractère réel et urgent d'un objectif de promotion de l'équité électorale en se fondant expressément sur le bon sens⁴⁸. Dans le même sens, le juge Bastarache a, dans *Lavoie*⁴⁹, présenté le sens commun comme un des « indicateurs pertinents de l'existence d'un lien rationnel »⁵⁰, lien entre l'objectif législatif et les moyens utilisés, jugé essentiel pour démontrer une justification.

Le sens commun permet de compléter le fondement factuel sur lequel repose la détermination judiciaire de la constitutionnalité d'une limite apportée aux droits. Les tribunaux peuvent y recourir, ou non. Et encore une fois de façon discrétionnaire. Le sens commun est la notion floue par excellence. Le refuge des juges.

4. Un nouvel objet de preuve : un fondement rationnel

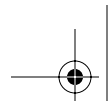
Dans le monde du droit, l'objet de preuve est en principe l'existence d'un fait en tant que tel⁵¹. L'incertitude inhérente aux faits sociaux discutés en contexte constitutionnel a cependant amené la Cour à développer un objet de preuve autre, moins exigeant, soit l'existence d'un fondement rationnel à la croyance législative en l'existence de ce fait. Ainsi, on

⁴⁸ *Harper*, précité, note 36, par. 26 : « Le bon sens veut que la promotion de l'équité électorale soit un objectif urgent et réel dans notre démocratie libérale, même en l'absence de preuve montrant que les élections antérieures ont été inéquitables [...] Un objectif théorique présenté comme urgent et réel suffit pour les besoins de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier ». Il est instructif de comparer ce propos avec celui qu'elle a tenu dans l'affaire *Sauvé*, précitée, note 17, toujours en contexte électoral, alors qu'elle écrit cette fois, au nom de la majorité, aux par. 23 et 24 : « Pour qu'une justification puisse se démontrer, l'objectif doit révéler clairement le préjudice que le gouvernement entend réparer [...]. Le caractère rhétorique des objectifs que fait valoir le gouvernement en l'espèce les rend suspects. »

⁴⁹ *Lavoie*, précité, note 14.

⁵⁰ *Id.*, par. 59. Étrangement, dans *Chaoulli*, précité, note 11, le recours au sens commun « semble implicitement associé à une faiblesse de l'argumentation », D. PINARD, « Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli* », (2006) *R. du B. du Québec*, numéro thématique hors série, *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, 439.

⁵¹ Il peut arriver, exceptionnellement, que l'objet de preuve ne soit pas un fait avéré, mais consiste tout simplement en la possibilité de survenance de ce fait. Ainsi, la présomption d'impartialité des jurés est réfutable par la preuve « [d']une possibilité réaliste de partialité » : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509.



n'imposera pas au législateur fédéral le fardeau de démontrer l'existence d'une grave situation d'inflation, on se satisfera plutôt de la démonstration d'un fondement rationnel à cette croyance législative en l'existence d'une telle situation⁵².

Cet objet de preuve émerge à l'occasion dans la jurisprudence sur la justification des limites aux droits. Quoique certains y voient un principe établi⁵³, il semble bien que le phénomène soit encore ici chaotique et imprévisible.

On a jugé suffisante la démonstration du caractère raisonnable ou logique de la conclusion selon laquelle il existe un lien causal entre la publicité du tabac et l'usage de ce produit⁵⁴. Dans *Sharpe*, à propos de la justification de la criminalisation de la possession de pornographie juvénile, la Cour a jugé satisfaisante la démonstration d'une crainte raisonnée de préjudice causé aux enfants⁵⁵. Dans *Chaoulli*, les juges dissidents ont exprimé l'avis que « les gouvernements ont le droit de prendre des mesures fondées sur la crainte raisonnée » de la survenance d'un événement dommageable⁵⁶. On a affirmé que la démonstration d'une crainte raisonnée de préjudice pouvait suffire lorsque les tribunaux « sont en présence de preuves relevant des sciences sociales qui sont contradictoires ou non concluantes quant au lien entre le préjudice et les mesures prises »⁵⁷.

Le fondement rationnel d'une croyance législative en l'existence d'un phénomène est de toute évidence plus facile à établir que l'existence même de ce phénomène. Le flou artistique qui règne quant aux conditions d'acceptation judiciaire d'un tel objet de preuve est un élément de plus dans cette

⁵² Renvoi : *Loi anti-inflation*, précité, note 7, p.423.

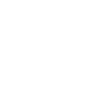
⁵³ Dans *J.T.I. MacDonald Corporation c. Canada*, [2003] R.J.Q. 181, le juge de la Cour supérieure écrit au par. 62, dans un résumé portant sur la question de la preuve extrinsèque : « En résumé, dans les dossiers qui s'y prêtent : [...] d) le tribunal se prononce sur le jugement exercé par le législateur et cherche à savoir si la loi contestée a un fondement rationnel ».

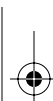
⁵⁴ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, la juge McLachlin, pour la majorité, à propos du volet lien rationnel : « La question est de savoir si cette preuve établit qu'il est raisonnable ou logique de conclure qu'il existe un lien causal entre la publicité en faveur du tabac et les mises en garde non attribuées, d'une part, et l'usage du tabac, d'autre part ».

⁵⁵ *Sharpe*, précité, note 16, par. 85.

⁵⁶ *Chaoulli*, précité, note 11, par. 176 (j. Binnie et j. LeBel).

⁵⁷ *Harper*, précité, note 36, par. 77 (opinion majoritaire).





LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

panoplie de moyens mis en œuvre pour alimenter la prétention de jugements essentiellement dictés par des conditions empiriques.

5. *Le raisonnement logique, conceptuel et abstrait*

Malgré un appel initial à la preuve de faits justificatifs et l'annonce d'un contrôle judiciaire fondé sur une approche empirique, la Cour a régulièrement abordé les questions de justification de manière conceptuelle et abstraite. Elle a formellement accepté la raison et la logique comme éléments pertinents, elle a traité de scénarios hypothétiques et elle a bien souvent « raisonné » les faits.

Tout comme le sens commun, la raison et la logique font inévitablement partie du raisonnement de l'être humain. Il est donc tout aussi surprenant de lire dans les motifs de la Cour un aval officiellement donné à l'utilisation de la raison et de la logique dans l'analyse de la justification de limites apportées aux droits et libertés. La Cour a en effet expressément entériné l'utilisation du raisonnement par déduction, de la logique et de la raison, comme compléments à la preuve disponible aux fins d'une justification de limites raisonnables⁵⁸.

La Cour a, à l'occasion, élaboré des scénarios hypothétiques. Elle l'a fait par exemple dans *Sharpe*, lorsqu'elle a énoncé deux cas de figure pour lesquels la criminalisation de la pornographie juvénile ne serait pas justifiée. Elle y a référé à l'incongruité de déclarer inconstitutionnelle une disposition « substantiellement constitutionnelle » sur la base d'une application hypothétique⁵⁹ et a reconnu que les exceptions qu'elle a jugé bon de protéger constituaient des scénarios hypothétiques qui ne s'étaient pas encore présentés⁶⁰. Mais on a aussi, à d'autres occasions, fustigé le procureur général pour n'avoir soulevé que des risques hypothétiques⁶¹.

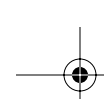
⁵⁸ Voir, par exemple, *Sharpe*, précité, note 16, par. 78 ; *Sauvé*, précité, note 17, par. 9 ; *Dunmore*, précité, note 12, par. 184 ; *Harper*, précité, note 36, par. 78.

⁵⁹ *Sharpe*, précité, note 16, par. 111.

⁶⁰ *Id.*, par. 112.

⁶¹ *Harper*, précité, note 36, par. 34 (opinion dissidente) : « Les risques invoqués sont entièrement hypothétiques. Le procureur général n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que les Canadiens fortunés – seuls ou en groupe – domineraient le débat politique pendant la période électorale si aucune limite n'existait. Il n'a fait que soulever l'hypothèse que des problèmes pourraient surgir en l'absence des plafonds applicables aux dépenses qu'un citoyen peut engager. Si, comme insiste le procureur





On retrouve enfin des décisions de la Cour dans lesquelles les faits semblent tout simplement « raisonnés », affirmés sans aucun rattachement explicite à la preuve. C'est le cas de l'affaire *Figueroa*⁶², où des questions essentielles qui fondent la déclaration d'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi électorale fédérale sont discutées de façon conceptuelle et abstraite, sans aucune référence à la preuve⁶³. Paradoxalement, le rejet de l'argument de justification apporté par l'État y est essentiellement fondé sur un motif d'absence de preuve⁶⁴. Directement cette fois dans l'analyse de la justification, on retrouve aussi dans la jurisprudence des affirmations non appuyées qui portent notamment sur l'influence des tiers dans le résultat d'un scrutin⁶⁵, sur l'efficacité de mesures législatives prises en vue de valoriser la citoyenneté⁶⁶ ou encore sur l'impact d'un bruit amplifié émis dans la rue sur les gens qui y circulent⁶⁷.

général, les Canadiens fortunés sont prêts à détourner le processus électoral de notre pays, il est raisonnable de penser qu'il présenterait une certaine preuve à cet effet. Pourtant aucune preuve de cette nature n'a été soumise. Cette lacune affaiblit les prétentions du procureur général au sujet de la nécessité des dispositions contestées et renforce l'argument voulant que ces mesures constituent une réponse excessive à un problème inexistant ».

⁶² *Figueroa c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 912.

⁶³ *Id.* Voir, par exemple, les par. 41, 44, 46, 56 et 57.

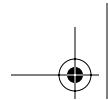
⁶⁴ *Id.*, voir, par exemple, les par. 68, 70, 76. On a ainsi pu écrire : « The treatment of facts in constitutional cases is determined by vague rules, more guidelines, actually, as they were saying in *Pirates of The Caribbean*. So the empirical trend in jurisprudence gives considerable liberty to the judges. The Supreme Court widely used it in *Figueroa*. It reasoned the facts necessary to come to a conclusion of violation of rights. And it regretted the lack of factual justification for such a limitation », D. PINARD, « Some Thoughts on How the Court is Going about Its Business : Desperately Seeking Coherence », *loc. cit.*, note 2, 222.

⁶⁵ *Harper*, précité, note 36, par. 55 : « De nombreux groupes et organisations participent au processus électoral en tant que tiers [...] les tiers peuvent tenter d'influencer le résultat du scrutin en commentant les qualités et les défauts d'un candidat ou d'un parti politique ».

⁶⁶ *Lavoie*, précité, note 14, par. 60 : « [M]ais on peut raisonnablement supposer que les mesures prises par l'État pour valoriser la citoyenneté jouent un rôle. [...] Ce point de vue fondé sur le sens commun est partagé par presque tous les pays, y compris ceux où il est plus difficile d'obtenir la citoyenneté. Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'assujettir le législateur à une norme de preuve rigoureuse. »

⁶⁷ *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 91 : « La première question consiste à se demander si la restriction concernant le bruit produit au





LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

Cette faculté qu'exerce la Cour d'appuyer occasionnellement ses opinions sur des affirmations factuelles de sources occultes ou du moins tues fait partie de la marge de manœuvre considérable qu'elle se donne dans l'établissement du fondement factuel dit nécessaire à la justification de limites apportées aux droits. Elle pourra ainsi le compléter, ou refuser de le faire.

6. *Le retour du refoulé*⁶⁸

Malgré les prétentions initiales de *Oakes*, l'évaluation des justifications d'atteintes aux droits ne peut se limiter à l'étude de questions factuelles. Des considérations de l'ordre des valeurs sont au cœur de la justification. Mais le jugement de valeur, avec son inéluctable apparence de subjectivité, de relativité, risque d'emporter plus difficilement l'adhésion⁶⁹.

L'illusion de certitude qu'ils peuvent quant à eux créer explique ainsi en grande partie l'appel aux faits, dans le cadre de décisions relatives aux justifications. Le rattachement aux faits pare aussi la décision ainsi rendue d'une certaine légitimité. Or, on assiste bien souvent à un « retour du refoulé ». On a beau vouloir justifier le plus possible la décision prise par des données empiriques convaincantes, la justification, par définition, ne peut être entièrement appréhendée sous cet angle.

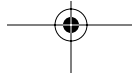
Le traitement de la pornographie juvénile est un exemple paradigmatique de ce type de situation irréductible à un pur aspect factuel. Les valeurs sous-tendant la question ne peuvent être tues. Preuve en est le fait que, chose maintenant inhabituelle dans les analyses du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés, parées de données factuelles, la toute première partie du jugement majoritaire dans l'affaire *Sharpe*⁷⁰ est consacrée à une discussion des valeurs en présence. On y

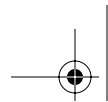
moyen d'appareils sonores a un lien rationnel avec l'objectif de la Ville de réprimer le bruit dans ses rues. Manifestement, elle en a un. Le bruit amplifié émis dans la rue peut gêner les activités des gens qui y circulent et qui utilisent les édifices avoisinants ».

⁶⁸ Cette partie emprunte librement à D. PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'une gestion de risques », *loc. cit.*, note 2.

⁶⁹ Pour une évaluation du discours des valeurs en Cour suprême, voir le texte de Mark ANTAKI dans ce volume.

⁷⁰ *Sharpe*, précité, note 16.





aborde l'importance de la liberté d'expression, son aspect relatif à l'épanouissement personnel, ainsi que l'importance tout aussi grande de protéger les enfants contre toute forme d'exploitation. C'est essentiellement la pondération de ces valeurs qui, semble-t-il, justifiera en réalité à la fois la validation de la constitutionnalité de l'interdiction criminelle et la création des deux cas d'exception. On conclut en effet que : « La plupart du temps, le risque qu'un préjudice soit causé à des enfants l'emporte sur les inconvénients que l'application de la disposition présente pour la liberté d'expression ».⁷¹ Et l'on exclura de l'interdiction criminelle validée deux cas qu'on estimera marqués par une pondération favorable à la liberté d'expression.

On a nettement l'impression que, au-delà de toutes les étapes de tous les tests et au-delà de toutes les données factuelles disponibles, c'est en réalité cette simple « pondération de valeurs » qui fonde le jugement sur la justification des limites apportées aux droits. À propos de cette question de la pornographie juvénile, il semble bien que l'illusion de certitude reliée aux assises factuelles soit inefficace, ou plutôt inutile.

L'opinion dissidente confirme cette impression : le recours explicite aux valeurs y semble encore plus clair et véhément. On y affirme d'emblée, et péremptoirement, que l'existence même de la pornographie juvénile « est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société »⁷² et que la « possession de pornographie juvénile n'a aucune valeur sociale »⁷³. De plus, on y minimise l'importance relative de l'aspect pertinent de la liberté d'expression, affirmant qu'il s'agit de l'« aspect le moins digne » de l'épanouissement personnel, soit « celui de la simple stimulation physique »⁷⁴. Les dissidents auraient intégralement confirmé la « politique sociale » du législateur « établie en fonction de certaines valeurs morales »⁷⁵.

Il est dès lors difficile de concevoir en quoi une quelconque preuve empirique aurait pu influencer sur une telle décision, essentiellement morale.

*
* *

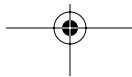
⁷¹ *Id.*, par. 103.

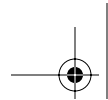
⁷² *Id.*, par. 158.

⁷³ *Id.*, par. 186.

⁷⁴ *Id.*, par. 185.

⁷⁵ *Id.*, par. 191.





LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

Après avoir énoncé la nécessité d'un fondement factuel à toute justification de limites apportées aux droits, la Cour a donc développé divers instruments qui permettent, à l'occasion, de pallier l'inévitable insuffisance de preuve. On peut se satisfaire d'un fondement rationnel, on peut recourir à la connaissance d'office, au sens commun, à des conclusions judiciaires antérieures, à la logique, à la raison ou encore à des scénarios hypothétiques. L'utilisation de ces moyens est cependant imprévisible. Elle permet à la Cour de rendre jugement dans le sens recherché, en vertu de valeurs qui n'ont vraisemblablement rien à voir avec un état de fait, mais en prétendant toujours n'intervenir qu'en fonction d'un déterminisme empirique. Pourquoi donc ce rattachement désespéré aux faits ?

D. LES AVANTAGES STRATÉGIQUES D'UN LANGAGE DE PREUVE⁷⁶

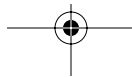
« The ideological call for facts is cloaked in the apolitical, apparently objective nature of the facts and so it mystifies the decisionmaking process »⁷⁷, nous enseigne un auteur. L'insistance sur des exigences de preuve alors que l'on sait pertinemment que la justification des limites aux droits et libertés se prête difficilement à une démonstration empirique peut être expliquée par les avantages rhétoriques certains que cette approche présente pour les juges.

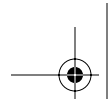
Elle entretient l'illusion de la possibilité de décisions scientifiquement objectives quant au caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés. Elle permet la déresponsabilisation, la négation de la responsabilité d'avoir fait un choix. Tribe a écrit, à propos des dangers des croyances absolues, notamment dans l'expertise technique et les analyses de coûts / bénéfices : « They enable us to don a mantle that says, « I didn't do it ». They create an illusion, a comforting illusion, of inexorability »⁷⁸. Les discussions sur l'utilité sociale ou l'opportunité politique d'un projet cèdent ainsi

⁷⁶ Cette partie emprunte librement à D. PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'une gestion de risques », *loc. cit.*, note 2.

⁷⁷ W. M. ROGOVIN, « The Politics of Facts : The Illusion of Certainty », (1995) 46 *Hastings L. J.* 1723, 1727.

⁷⁸ Laurence H. TRIBE, « Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve », (1984) 36 *Hastings L. J.* 155, 168.



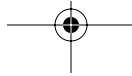


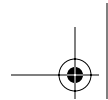
le pas à des débats d'experts sur des systèmes d'analyse scientifique complexes, débats dans lesquels, par définition, l'opinion du profane perd toute pertinence.

On a ici une confusion des genres. Une question sociale ou politique, une question de valeurs, ne se limite pas à la considération de données empiriques. Une analyse complète des données factuelles pertinentes n'épuisera pas la question de l'à-propos d'un projet. On ne peut se soustraire ici à une question de choix, de décision, de préférence⁷⁹. Quoiqu'il en soit de sa relative inefficacité, cette tentative d'occultation de la discussion de choix de société par des débats scientifiques sur des questions empiriques sert évidemment les intérêts de ceux dont la position normative ne pourrait, en soi et à elle seule, convaincre. Une approche fondée sur les faits permet un contrôle judiciaire qui se présente comme passif : on ne *décide* pas de la justification d'une limite aux droits, on l'*observe* tout simplement. Une illusion de neutralité alliée à une illusion d'objectivité et de certitude⁸⁰.

⁷⁹ Voir, pour une réflexion semblable, Danièle LOSHAK, « Droit, normalité et normalisation », dans Jacques CHEVALLIER et al., *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, qui écrit, à la p. 75 : « En réalité, et il ne faut pas s'y tromper, la prétention à l'objectivité et à la scientificité est ici largement mystificatrice, comme toujours lorsqu'on les invoque dans des domaines qui ont trait au gouvernement des hommes. Derrière des calculs prétendument objectifs se dissimulent des systèmes d'évaluation qui restent fondamentalement normatifs et n'échappent pas à l'emprise des valeurs dominantes ». Elle ajoute, à la p. 76 : « Il est illusoire, même en recourant aux pédagogues, aux médecins, aux psychiatres, aux psychologues, même avec le renfort de toutes les sciences du « psy » et bientôt de la sociologie, de vouloir trancher scientifiquement des questions qui, quoi qu'on fasse, demeurent à haute teneur idéologique ».

⁸⁰ L'expression « Illusion of Certainty » serait de Oliver Wendell HOLMES, Jr, « Privilege, Malice and Intent », (1894) 8 *Harvard L. Rev.* 1, 7, cité dans W. M. ROGOVIN, *loc. cit.*, note 76, 1723. Laurence Tribe a bien exprimé une préoccupation face aux dangers créés par cette illusion de certitude : « The general danger illustrated by both of these decisions is a danger well put by Justice Brennan in his dissent in *Leon*. He speaks there of the « narcotic effect », the « illusion of technical precision and ineluctability », which comes when we allow ourselves to talk like little scientists about the costs and benefits of these various rules. It is well put by Justice Marshall in his dissent in the *Quarles* case when he speaks of the « pseudo-scientific precision » of cost-benefit rhetoric in this realm » : L.H. TRIBE, *loc. cit.*, note 77, 158.





LA PROMESSE BRISÉE DE OAKES

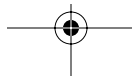
CONCLUSION

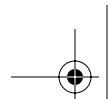
La promesse de *Oakes* n'a pas été tenue. Le contraire eût été surprenant. La jurisprudence de la Cour sur la justification des limites aux droits n'a pas été objective, scientifique et rigoureuse. Le fondement factuel demandé n'a pu être établi par la preuve. Des expédients ont été utilisés à l'occasion pour le compléter, alors qu'on a parfois tout simplement pris acte de son incomplétude.

L'imprévisibilité dans la méthode, notamment quant aux exigences de preuve, constitue la forme d'activisme judiciaire la plus insidieuse⁸¹. Elle permet l'exercice d'un contrôle judiciaire réel qui présente les apparences d'une simple observation neutre, objective et certaine. Elle dissimule l'intervention judiciaire. Elle anéantit la possibilité de critique, en donnant lieu à des décisions qui ne se présentent pas comme telles, mais qui prétendent n'être que des observations de justifications factuelles qui ont, ou n'ont pas, été présentées par les parties ou complétées par les mécanismes que l'on a vus. La profane n'a pas accès à cette matière première. Son adhésion à la conclusion relève de l'ordre de la foi.

Le monde des juristes a longtemps estimé que seuls les principes et les règles de droit discutés dans la jurisprudence constitutionnelle méritaient qu'on leur porte une quelconque attention. Or, le traitement des faits par les juges est peut-être devenu le lieu de leur véritable pouvoir, en la matière. C'est un lieu de pouvoir occulte et puissant. Occulte, parce que l'on a rarement un accès direct aux sources d'information auxquelles les juges puisent ce qui nous est par la suite présenté comme « conclusion de fait ». Puissant, puisque le recours aux faits permet de justifier des décisions judiciaires

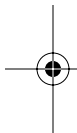
⁸¹ D. PINARD, « Some Thoughts on How the Court is Going about Its Business : Desperately Seeking Coherence », *loc. cit.*, note 2, 215 : « However, the strongest case of judicial activism with respect to methodology, it seems to me, flows from unpredictability of approach. It is a powerful form of activism, the last word for the judges. It is the power to decide and modify methodological requirements as cases arise and unfold. It is the power to pave the way to the desired result, to the chosen destination. It is powerful, maybe to some extent unavoidable, and it is dangerous. I readily acknowledge that one should not make too much of « conceptual elegance ». But, as has once been written, « [w]hile imprecision in the substantive law may potentially affect a certain segment of our society, vagueness in legal methodology has effects that pervade the entire judicial system in its broadest sense and are accordingly felt by society as a whole ». One should not forget « the social cost of continued uncertainty in the law » ».





essentiellement contestables en les présentant comme de simples constatations factuelles. « On ne nous a pas fait la preuve » est un type d'affirmation qu'il est extrêmement difficile de contester.

Le discours judiciaire sur les faits mérite une attention sérieuse. William Twining nous le rappelle, en contexte juridique, l'analyse rigoureuse des considérations factuelles est au moins aussi importante et aussi intellectuellement exigeante que celle des questions de droit⁸². Il est temps de s'y attarder.



⁸² William TWINING, « Taking Facts Seriously », (1984) 34 *J. of Legal Education* 22, 37.

